



# LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA (DOS CUESTIONES FUNDAMENTALES)\*

---

*José Luis de los Mozos*

## 1. INTRODUCCIÓN

Al plantear el tema, nos encontramos con una dificultad inicial de tipo terminológico que aunque sea falsa, sale a nuestro encuentro y trata de cerrarnos el paso, poniendo en nuestro camino un obstáculo no pequeño, aunque sea más aparente que real. Actualmente, entra en el dominio de lo que se tiene por socialmente correcto, decir, al tratar de la familia, que teniendo en cuenta la realidad social, hay que hablar de *familias*, no se puede hacerlo solamente de *familia*. Pero, desde el punto de vista jurídico, esto no es exacto<sup>1</sup>, por mucho que se invoque la “realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas”, como dice art. 3-1 Cc. lo que muchas veces se hace, por la doctrina y por la jurisprudencia, también hay que decirlo, indebidamente, y sin hacer caso de lo que el propio precepto establece. En éste, se

\* Conferencia en la sesión inaugural del *Foro de la familia*, Madrid, 7 de junio de 2002 (Centro Cultural de la Villa).

1. Un razonamiento de esta naturaleza es más propio de la sociología o de la antropología social, vid., sin embargo, recientemente: M. ALONSO PÉREZ, “El Derecho de familia entre lo viejo y lo nuevo”, en *Libro-homaneje a I. Sánchez Mera*, II, Madrid (Consejo General del Notariado), 2002, págs. 487 y ss.

determina un orden, en cuanto a los criterios a seguir en la interpretación de las leyes, a saber: gramatical, lógico-sistemático e histórico y sólo, después, y en último lugar, se hace la referencia a la realidad social. Se dirá, a pesar de todo, que este *orden* no vincula, ya que la norma citada no es imperativa, sino meramente orientadora, heurística, porque la interpretación es una actividad intelectual que no está sometida a reglas legales, lo que, dialécticamente, no hay inconveniente en aceptar, ya que, de acuerdo con la lógica de las propias reglas hermenéuticas, el resultado vendría a ser el mismo, en la mayoría de los supuestos imaginables y, desde luego, en éste caso concreto. Es decir, no se puede utilizar el criterio apuntado, fuera del orden que *por lógica* le corresponde y, además, teniendo en cuenta que no es, ni mucho menos, el único que toda interpretación exige<sup>2</sup>. Por lo demás, el cometido principal y propio de la interpretación jurídica no es hacer sociología, y, sin embargo, se incurre en este defecto, muchas veces; unas por ingenuidad, otras, porque se pretende subvertir el orden jurídico, en vez de tratar de aplicarle correctamente.

Además que, si acudimos a la Constitución y al Código civil no podemos aceptar éste concepto falsamente *analógico* de familia. En cambio, debemos saber, para tenerlo muy en cuenta, que una primera manera de atacar a la familia, es negar su peculiar identidad, diciendo que en la actualidad existen varios *tipos* de familia, lo que comporta, evidentemente, desde el punto de vista jurídico, un abuso del lenguaje del que resulta un verdadero abuso del derecho, como he tratado de demostrar en otras ocasiones<sup>3</sup>. Sin embargo, los juristas ya estamos acostumbrados a éstas defor-

2. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, I. Parte General, 1. Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, págs. 550 y ss.

3. J. L. DE LOS MOZOS, "Familia y Derecho", en *La reforma del Derecho de familia en España, hoy*, Valladolid (ed. Departamento de Derecho civil), 1981, págs. 15 y ss.; y "Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas", en *La Ley*, XXI, núm. 5161 (16 de octubre de 2000), págs. 1 y ss.

maciones, a veces, absolutamente intencionadas, del lenguaje: por ejemplo, para atacar a la propiedad, se ha dicho durante mucho tiempo que, realmente no hay *propiedad*, sino *propiedades*<sup>4</sup>. Algo parecido está pasando ahora con la familia, solo que la corrupción de las palabras, en este caso, es todavía más grave, no sólo por el ámbito en que se desenvuelve, sino porque lleva a un relativismo y a una confusión todavía mucho mayor. Y, sin embargo, ya lo decían Sócrates y Platón<sup>5</sup>, rebatiendo a los sofistas: “el lenguaje que se emancipa del objeto, es por eso, necesariamente, un lenguaje sin destinatario”, un auténtico *flatus vocis*, dirán los retóricos, añadiendo el propio Platón, que no vale para el diálogo, ni para dar a conocer la realidad, pues corrompe la dignidad de las palabras y como la existencia humana acontece en la palabra, el ser humano no puede quedar intacto, resulta agredido. Nos lo recordaba, hace unos años, en un precioso artículo, el filósofo alemán, Josef Pieper, aludiendo al problema de la corrupción del lenguaje, que es, sin duda, uno de los problemas más preocupantes de la actual sociedad postmoderna<sup>6</sup>.

Aquí, por tanto, para afrontar el tema de la protección jurídica de la familia, me gustaría prescindir de todo lo que se entiende como lenguaje “social común o políticamente correcto”, adoptando una actitud inconformista, como enseña San Pablo: *nolite conformari huic saeculo* (Rom. 12, 2) “no os hagais conformes a este siglo”. No es que pueda decir grandes cosas sobre la familia, que no se hayan ya dicho, y seguramente mucho mejor de lo que yo pudiera hacerlo, voy a tratar simplemente de poner de relieve la situación de desamparo en la que la familia se encuentra, desde el punto de vista de su protección jurídica, fijándome concreta-

4. J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid (ed. Edersa), 1993, págs. 114 y ss.

5. *Diálogos*, II (Gorgias), Madrid (ed. BAC Gredos), 1983 (reimp. 1987), págs. 23 y ss.

6. *La fe ante el reto de la cultura moderna*, trad. esp., Madrid (ed. Rialp), 1980, págs. 213 y ss.; 218 y ss.

mente en dos cuestiones: una, en relación con las uniones de hecho, ya apuntada y, la otra, en relación con la natural indisolubilidad del matrimonio. Para hacerlo, empezaré por mostrar una situación curiosamente paradójica que nos envuelve como una tela de araña y que afecta, por igual, a las dos cuestiones planteadas.

## 2. LA HUIDA DEL DERECHO Y SU RETORNO A TRAVÉS DE UNA LEGISLACIÓN INJUSTA

Vivimos una época en la que el ordenamiento jurídico parece que desaparece, en mayor o menor medida, de determinados sectores de la vida social. Uno de ellos es también la familia. sobre todo, en un cierto sentido, cuando se dice que la familia modernamente se *privatiza*. Con esta expresión, lo que de verdad se quiere decir, es que el ordenamiento jurídico viene retirando su *tutela* de un terreno que anteriormente ha sido dominio exclusivo de la regulación legal<sup>7</sup>. Esto puede verse, muy especialmente, en materia de separación matrimonial y de divorcio. Antes, por lo que se refiere a la separación, había que seguir un procedimiento judicial muy riguroso; ahora, no sólo adquiere relevancia la separación de hecho, sino que se van generalizando, cada vez más, los acuerdos y convenios privados de separación, lo que no sólo facilita el divorcio, sino que se pretende que tales pactos adquieran plena eficacia legal. Pero estos, en la mayor parte de los casos, no tienen de tales más que el nombre, pues generalmente se *imponen* al cónyuge que no quiere separarse o divorciarse. De modo que

7. Un análisis muy agudo, desde un planteamiento, sin duda más profundo, lleva a cabo C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid (ed. Rialp), 1996, págs. 13 y ss., con referencias doctrinales muy importantes que eliminan toda trivialización sobre el tema, sea desde el punto de vista de la condescendencia falsamente humanista, sea desde la perspectiva de un mal entendido pluralismo.



hemos llegado a una verdadera *comedia contractual*, todavía más grave, si cabe, que aquella *comedia judicial*, la que disimulaba o disimula, todavía hoy, mediante la alegación de un fundamento causal, lo que sólo tiene una base consensual, por mutuo acuerdo o disenso de los cónyuges, o por el mero arbitrio de uno de ellos, en lo que no voy a insistir, porque el tema es de sobra conocido y frecuentemente denunciado, lo mismo que el tomar la separación, en la práctica judicial, como si fuera sólo un trámite previo al divorcio, como se ha puesto de relieve, en una reciente tesis doctoral, brillantemente defendida, el año pasado, en la Universidad de Zaragoza<sup>8</sup>.

El cambio que esto supone y que ha sido objeto en otras legislaciones, donde el divorcio se admitió tempranamente, en forma restrictiva, de una evolución, más o menos lenta, aquí se ha producido en el espacio de pocos años. Pero, en cualquier caso, la situación viene a ser la misma. De manera que, en este ámbito, el Derecho de familia sufre ciertamente una privatización o *desregulación* que todavía se encargarán mucho más de ampliar las demandas que, ya empiezan a manifestarse, de reformar la disciplina de la separación y del divorcio en el Código civil y de admitir, por otra parte, la llamada *mediación familiar*, que, por muy revestida que venga de “buenas intenciones”, como en algunas regulaciones autonómicas, ya promulgadas, en Cataluña y en Galicia, es, como un “lobo disfrazado de cordero”, por situarse en un terreno incierto y resbaladizo y que puede resultar contrario a todo lo que aprendimos en la Facultad, de que la mediación, el compromiso, la transacción o el arbitraje, nunca pueden ser aplicados a los derechos amparados en el *status* personal y familiar<sup>9</sup>.

8. Su autora es Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTE, *Las causas de separación matrimonial en el Derecho comparado y en Derecho español*, dirigida por el profesor G. GARCÍA CANTERO, mereciendo la máxima calificación.

9. Lo que, por un lado, evoca el *Derecho de los mandarines* en la China tradicional y eterna, como ponen de relieve los estudios de Derecho compa-

Por el otro extremo, en cambio, estamos asistiendo a todo lo contrario, las *uniones de hecho*, demandan una regulación legal. Incluso esta va llegando, además, de la mano de la legislación autonómica, después de un temprano reconocimiento *de facto* en el ámbito local o municipal, que admitió su registro, mediante unas regulaciones que, desde mi punto de vista, son claramente inconstitucionales, como se deduce del art. 149, 1.8ª y, desde luego, absolutamente absurdas, sin ninguna lógica, ya que si se trata de uniones entre heterosexuales, los que no quieren contraer matrimonio, libremente, pudiendo hacerlo, no pueden pretender adquirir sus consecuencias, como si lo hubieran contraído, cuando, por otra parte, la libertad de contratación les permitiría estar al abrigo de aquellas situaciones que consideran desfavorables, en relación con el matrimonio, en caso de ruptura o de cesación de la unión por fallecimiento de uno de los convivientes, como tantas veces se ha dicho: y si se trata de uniones entre homosexuales, es tan contrario al sentido común que no hay más que hablar. Bien distinto, es que tales uniones estuvieran prohibidas, pero no estándolo, los derechos derivados del ejercicio de la libertad, en este orden de cosas, se agotan con tal ejercicio, no dan lugar a ninguna otra consecuencia y menos aún en cuanto pretenden equipararse al matrimonio que libremente excluyen, en el primer caso, o que, en modo alguno, pueden llegar a contraer, puesto que

rado, vid. T. RAVÀ, *Introduzione al diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, págs. 12 y ss.; pero, por otro, se empieza a formar casi una nueva disciplina o género literario: vid. I. MARLOW, *Mediación familiar: una práctica en busca de una teoría: una visión del derecho*, trad. esp., Barcelona (ed. Granica), 1999; J. M. HAYNES, *Fundamentos de la mediación familiar*, trad. esp., Madrid (ed. Gaia), 2000; O. ORTEMBERG, *La formación del mediador familiar y su intervención en el divorcio*, trad. esp., Buenos Aires (ed. Biblos), 1999; B. BASTARD, *Le divorce autrement: la médiation*, Paris (ed. Syros-Alternatives), 1990; E. J. CÁRDENAS, *La mediación en conflictos familiares: lo que hay que saber*, Buenos Aires (ed. Lumen-Humanitas), 1999, etc., que puede tener el inconveniente de menoscabar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

el matrimonio es una unión entre personas de distinto sexo: como así lo expresa la Constitución en su art. 32-1, cuando dice que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Lo que confirma el art. 44 del Cc., al que luego volveremos a referirnos. Por ello, es evidente que no puede haber un agravio comparativo de éstas situaciones, cualesquiera que ellas sean, en relación con el matrimonio<sup>10</sup>.

Es evidente que en estos supuestos, no se pone en juego el principio constitucional de igualdad, porque las situaciones son desiguales y en el fondo tampoco se busca la igualdad, por más que se invoque, ya que los que la propugnan, lo que quieren es seguir siendo desiguales, incluso tienen el orgullo de la desigualdad. En realidad lo único que buscan es alcanzar, mediante su reconocimiento legal, una cierta *respetabilidad social*, pero esta respetabilidad a la que aspiran no puede obtenerse a costa del matrimonio, ni tampoco a costa de ponerse en contra de toda lógica y del más elemental sentido común, por muy permisiva que sea una sociedad. Por lo demás, una legislación que reconozca efectos jurídicos a las uniones de hecho, de naturaleza estrictamente familiar –otra cosa es, en el ámbito del Derecho social (seguridad social, mutualismo, accidentes, etc.)–, resulta notoriamente injusta, pues va en contra del matrimonio y de la familia, constituyendo un nuevo ataque frontal contra la misma. Por eso, no puede rectamente argumentarse que, habiendo *relaciones* de Derecho de familia que pueden surgir fuera del matrimonio, como la paternidad y la filiación, derivadas de la generación, o semejantes a ella (adopción), en las uniones de hecho, también existe familia, tanto que la generación humana se produzca de manera natural o artificial. Porque, tal apreciación responde a un manifiesto error de perspectiva, ya que tales relaciones no perte-

10. Vid. J. L. DE LOS MOZOS, “Familia y Derecho”, en *La reforma del Derecho de familia en España, hoy*, I, cit., págs. 22 y ss.; y “Familia y Derecho: de nuevo sobre las parejas no casadas”, en *La Ley*, año XXI, nº 5162 (16 de octubre de 2000), págs. 1 y ss.



necen sólo al Derecho de familia, sino que, más bien, pertenecen, ante todo y sobre todo, al Derecho de la persona, lo que conforme a la Constitución y de acuerdo con una interpretación rigurosa y exacta del art. 39 de la misma, es evidente, pues, aún cuando puedan integrarse, por estar allí presentes por derecho propio, en el conjunto de relaciones que se desenvuelven en la *unidad* familiar surgida del matrimonio, nunca pierden su carácter esencial y preeminente de derechos de la persona, como lo muestra, en último extremo y de manera muy elocuente, la admisión incondicionada y sin límites, a diferencia de lo que sucedía en el antiguo Derecho, de la investigación de la paternidad y, otro tanto sucede con las relaciones de paternidad y filiación, patria potestad, tutela, derechos del menor, etc.<sup>11</sup>.

Pero, esto no cambia las cosas, al contrario, confirma que la Constitución, inspirándose por lo demás en las declaraciones y convenios internacionales, simplemente *reconoce*, los derechos de la familia, ya que ni les crea, ni les concede, sino que les protege y garantiza, al igual que hace con la propiedad o con la herencia, haciéndolo en un *contexto sistemático* que, de alguna manera, da por supuesto y que se evidencia a través de su art. 32, al referirse al matrimonio, teniendo como antecedente el concepto de familia que contemplaba el Código civil que, a su vez, se ha adaptado a la Constitución, en virtud de las diversas leyes que la desarrollan y la aplican, modificándole, pero no en el sentido de cambiar el significado de la referencia, matrimonio y familia, que queda inalterada, quedando también inalterado su concepto que se halla igualmente referido, lo mismo que lo estaba antes, a la *fami-*

11. En el voto particular del magistrado José Gabaldón López, a la STC 222/1992, de 11 de diciembre, invocando la STC 184/1990, de 15 de noviembre, se dice muy acertadamente que “la Constitución considera el matrimonio... como procedimiento de formación de la familia” y que “cuando se han querido prever –en la Constitución– situaciones familiares dignas de protección fuera de la familia matrimonial, se han formulado expresamente: así, igualdad de los hijos y de las madres ante la Ley, investigación de la paternidad, deber de asistencia los hijos no matrimoniales...”, etc.



lia matrimonial, o, si se prefiere, a la familia basada en el matrimonio, como entienden buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia<sup>12</sup>.

Por otra parte, he querido hacer aquí, hace un momento, referencia al *contexto sistemático*, porque no se trata de decir, como últimamente se ha llegado a afirmar, que ésta interpretación podría estar de acuerdo con lo que quiso el constituyente, en su *mens legislatoris*, pero que, actualmente, a la vista de los cambios sociales, esto ya no se puede defender, lo que es un error de apreciación, porque el contexto sistemático de cualquier normativa no se puede confundir con la *mens legis* o la *mens legislatoris* y, por tanto, no se le puede aplicar la idea de actualización, conforme a la realidad social, que entraña aquel criterio interpretativo del art. 3-1º Cc., cuyo abuso denunciábamos inicialmente, sin llegar a hacer subversión, consciente o inconscientemente. Pasamos ahora a hablar de otra cuestión, mucho más difícil.

### 3. LA PROBLEMÁTICA DEL DIVORCIO Y LA EJEMPLARIDAD (O EL ESCÁNDALO) DE LAS LEYES

Cuando mirando para atrás, vemos como se ha difundido el divorcio y, por ello, la celebración de ulteriores y sucesivos matrimonios, en nuestra sociedad actual, no debemos pensar sólo —lo decía C. A. Jémolo, en uno de los últimos artículos, publicados poco antes de su muerte, en el diario torinese la *Stampa*— que las gentes han cambiado sus creencias religiosas o morales, sino que, con independencia de ellas, se adaptan o conforman a

12. Destacando la STC 184/1990, de 15 de noviembre, precedida y seguida de otras muchas (SSTC 177/1985, 27/1986, 29/1991, 31/1991, 38/1991, y 29/1992), teniendo en contra, únicamente, la STC 222/1992, de 11 de diciembre que se refiere a la subrogación arrendaticia, que ha merecido justas críticas, volviendo en materia de pensiones, al criterio dominante en la STC 66/1994, de 28 de febrero.

tal modelo legal que les reporta una indudable *respetabilidad social* que, en cualquier caso, les confieren las leyes, pues, no hay que olvidar la fuerza *pedagógica* o *ejemplar* que tienen las normas jurídicas, su indudable *autoritas* configuradora y ordenadora de la sociedad, de lo que se ha hablado siempre. Por eso, decía el ilustre jurista citado, después de haber perdido, en éste terreno, todas las batallas, que: en el conflicto, entre una creencia, y sobre todo si se trata de una creencia *débil*, y un proyecto vital nuevo, como suele decirse que existe cuando se quiere el divorcio, ganará casi siempre este último, si la exclusión de un juicio desfavorable del prójimo, viene apoyada por un grado de comprensión social que va mucho más allá de la tolerancia, al prescindir de otros valores, ya que, por lo general, se considera, actualmente, poco liberal que otro les comparta, imponiéndose la discreción más absoluta<sup>13</sup>. Ahora, en los tiempos que corren, si se enciende una lámpara se la pone debajo del celemín, en contra de la exhortación evangélica (San Mateo, 5-14).

Pero las cosas van todavía más lejos, pues, actualmente, está consolidándose en nuestra sociedad una verdadera *cultura del divorcio* como la cosa más natural del mundo, no sólo tiende a desaparecer de las concepciones sociales la idea del divorcio culpable o la consideración del superior interés de los hijos, sino que los propios cónyuges a la menor dificultad piensan en esa posibilidad, o echan mano de ella, eso, sin tener en cuenta que, con mayor o menor grado de reserva mental, cabe pensar que, por desgracia, un porcentaje muy elevado de contrayentes, ya cuentan con ello de antemano, en el momento mismo de contraer el matrimonio<sup>14</sup>.

13. *Figli e padri*, Roma (ed. Studium), 1984, págs. 190 y ss.

14. Por eso es tan importante la relación que existe entre consentimiento y sistema matrimonial, a lo que más adelante volveremos a referirnos, por el momento, vid. L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona (ed. EUNSA), 1989, págs. 39 y ss.

Por otra parte, es de recordar, volviendo al hilo de nuestro discurso, que cuando se empezó a considerar, hace ahora algo más de un cuarto de siglo, la oportunidad de introducir el divorcio en España, se alegaba la necesidad de dar una solución razonable a las numerosas crisis matrimoniales; sin embargo, muchos estábamos convencidos, por la experiencia del Derecho comparado y por lo que habíamos visto y oído en otros países, que el remedio era peor que la enfermedad, como suele decirse, y el tiempo nos ha dado la razón<sup>15</sup>. De todos modos, en un Estado laico, no parecía, ni parece que sea posible, no admitir el divorcio. Pero probablemente, al menos, se podía haber hecho estableciendo una regulación del divorcio mucho más restrictiva, más como un auténtico *remedio* que no como una verdadera *posibilidad*, al alcance de cualquiera, que es en lo que, en la práctica, se ha convertido, gozando de tal fuerza expansiva, tal y como ha sido instrumentada, que va, por inercia, más allá de la ley y de los procedimientos legales, situándose, en la práctica, frecuentemente, en contra del *favor matrimonii*, como expresión del principio de *conservación* de los actos jurídicos y, lo que es más importante, de los intereses por ellos amparados. Esta postura me lleva a tener que enfrentarme con el Código civil, y con el desafortunado desarrollo de la Constitución que el mismo lleva a cabo, en éste punto.

#### 4. EN EL CÓDIGO CIVIL HA PREVALECIDO UNA SOLUCIÓN BASTANTE CUESTIONABLE

En el antecedente lógico-sistemático de la introducción del divorcio, llevada a cabo por la reforma del Código civil, con-

15. De las publicaciones de la época quiero solamente destacar el libro de mi compañero G. GARCÍA CANTERO, *El divorcio*, Madrid (ed. BAC), 1977; y el libro colectivo (de J. HERVADA, R. NAVARRO VALLS, G. GARCÍA CANTERO, J. ORLANDIS, A. DE FUENMAYOR, C. DE DIEGO LORA y P. RODRÍGUEZ), *Divorcio*, Pamplona (ed. EUNSA), 1977.

forme a la Ley de 7 de julio de 1981, influye el sistema matrimonial que en ella se acoge: estableciendo un matrimonio *único*, bien bajo forma civil o bajo forma religiosa (art. 49), al que se aplica el divorcio, indistintamente, como causa de disolución del matrimonio (art. 85), sin tener en cuenta que para los católicos el matrimonio es indisoluble. Por eso, algunos, no han dudado en calificar el *sistema matrimonial* español de sistema de “matrimonio civil obligatorio” y, desde un cierto punto de vista, no les falta razón<sup>16</sup>.

La cuestión es que, partir de la definición de un *sistema matrimonial*, en relación con la admisión del divorcio, es algo que, como la experiencia del Derecho comparado nos dice, se halla condenado al fracaso, si se quieren defender los valores que comporta el matrimonio; sin embargo, la cuestión fue, en su momento muy discutida. En España, muchos pensaban que, puesto que había que abandonar el sistema anterior de matrimonio civil subsidiario, lo más lógico y respetuoso, por otra parte, con la libertad religiosa proclamada por la Constitución, pero que no excluye la cooperación con la Iglesia católica (art. 16), hubiera sido establecer un sistema matrimonial alternativo o, más exactamente, *facultativo*. De manera que, al celebrarlo, los contrayentes pudieran elegir entre el matrimonio civil o el canónico, considerando que, a cada uno, se le aplicarían sus propias reglas, puesto que se trata de dos *tipos* de matrimonio distintos, que se encuentran en el mismo nivel de paridad, y que alcanzan, por igual, pleno reconocimiento civil, puesto que la diferencia no se halla sólo en las distintas *formas* de contraer un *único* matrimonio, que

16. Así, J. Díez del Corral, “La nueva regulación del matrimonio en el Código civil”, en *La reforma del Derecho de familia*, Madrid (INEJ), 1982. Para que no haya lugar a dudas, lo dijo el propio Ministro de Justicia en el Congreso de los Diputados (*Diario de Sesiones*, 1981, núm. 152, de 24 de marzo de 1981, pág. 9536. En tal sentido lo recoge también L. I. Arechederra Aranzadi, *op.cit.* págs. 39-40: “es un consentimiento siempre civil, prestado facultativamente”.



es la solución que ha venido a prevalecer<sup>17</sup>. Muy respetuosa, únicamente, con el *folklore* tradicional de las bodas en la iglesia o con el *folklore* moderno de los matrimonios municipales, pero que aplica al matrimonio canónico, indisoluble, la verdadera ley del embudo, puesto que no se hace distinción alguna a la hora de introducir el divorcio<sup>18</sup>.

El hecho es que, por ese camino, tampoco se hubiera conseguido nada, como ya he anticipado. Por desgracia, no siempre las soluciones más lógicas son las que se imponen jurídicamente, ni tampoco las más justas. En aquel momento, a pesar de la buena voluntad de tanta gente, aunque se hubiera podido establecer un *sistema matrimonial facultativo*, tampoco se hubiera conseguido otra cosa. Probablemente, faltaba el ambiente propicio para implantarle, y, una vez más, se imponía la ley del péndulo en la historia, de modo que íbamos a pasar de un extremo al otro, del colaboracionismo pastoral de la autoridad civil, como a veces se ha dicho, un poco exageradamente, con referencia al sistema anterior, a la más pura solución jacobina. Por otra parte, en el ambiente evocado se había difundido una cierta trivialización de la *libertad religiosa* que produjo, en mucha gente, innumerables malentendidos, a pesar de que, por entonces, en el *Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 3 de junio de 1979*, se puede leer lo siguiente: “La Santa Sede reafirma el valor permanente de su doctrina sobre el matrimonio y recuerda a quienes celebren matrimonio canónico la obligación grave que asumen de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en especial, a respetar sus cualidades esenciales” (art. VI-3). La situación era difícil, uno no sabía que partido tomar. Personalmente, a mi me hubiera gustado

17. Vid., por todos: M. LOPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid (ed. Tecnos), 1983.

18. No siendo para nada respetuoso con el sistema matrimonial concordado, vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, en el vol. *Acuerdos entre la Iglesia y España* (coord. por C. CORRAL y L. DE ECHEVERRÍA), Madrid (ed. BAC), 1980, págs. 291 y ss.

que el Código civil se hubiera decidido por el sistema matrimonial facultativo, pero me daba cuenta de que no iba ser esta la solución, y así lo dije en mi ponencia a las *Jornadas Nacionales de Derecho canónico*, celebradas en Valladolid y en Villagarcía de Campos, en 1980<sup>19</sup>.

Por lo demás, para concluir con el argumento, éste llamado sistema matrimonial facultativo que nace, como es sabido, en el Derecho concordatario, tampoco sirvió, más que transitoriamente como mucho, en Italia, en Portugal, en Colombia, o en la misma Irlanda, frente a la avalancha del divorcio, aunque las formas verbales utilizadas, en algunos casos, como señaladamente en Italia, hayan pretendido guardar más las apariencias, a la hora de admitirlo con plenos efectos civiles, para toda suerte de matrimonios, pero, al fin y a la postre, viene a ser lo mismo. El tema ha sido muy estudiado por eminentes civilistas y canonistas, aunque no tanto como debiera<sup>20</sup>, poniendo de relieve que la regulación que ofrece el Código civil, es, en primer lugar, y, por muchas razones, una regulación injusta, pero, además, me parece que es dudosamente constitucional, va contra la igualdad y la libertad, aparte de otras razones, discriminando a los católicos. Pero, antes de entrar en el tema, me voy a permitir tratar de deshacer un equívoco que se halla cómodamente instalado en la sensibilidad de los juristas.

19. J. L. DE LOS MOZOS, "Nueva imagen del matrimonio y sistema matrimonial español", en *La reforma de Derecho de familia en España, hoy*, cit., págs. 31 y ss.

20. Pues el efecto sorpresa jugó a favor del nuevo régimen en el entusiasmo no disimulado por la transición. En cualquier caso, actualmente, la cuestión permanece en la nebulosa de la historia legislativa y la manualística ya no se ocupa, salvo muy contadas excepciones, del tema y mucho menos de los problemas que, ahora, nos preocupan.

## 5. MORAL SOCIAL, DERECHO Y LEYES INJUSTAS

Como dice Marc Ouellet, en la prestigiosa revista *Communio*, la divergencia que “se establece entre el valor moral de las leyes y su valor jurídico universal implica una confusión del sentido moral, que, dígame lo que se diga, sigue estando vinculado a la influencia pedagógica de las leyes sobre la formación de la conciencia cívica y moral de los ciudadanos”, ya que, tal divergencia entre justicia ética y justicia legal, favorece “el escepticismo respecto del fundamento del Derecho”<sup>21</sup>. Por eso, tanto los ciudadanos responsables como los políticos coherentes, no pueden quedar indiferentes ante estas desviaciones de un pluralismo mal entendido, aparentemente democrático, pero que es incapaz de dar fundamento al orden jurídico. Tampoco se puede pensar que la moral es sólo un asunto de la conciencia de cada uno, sin ninguna transcendencia social y lo mismo sucede con el *hecho religioso*, porque la Iglesia, ciertamente no es de este mundo, pero vive en el mundo, y tiene derecho a la libertad y al respeto de los demás y a que se le reconozca, como sociedad perfecta que es, una mínima autonomía.

Por lo mismo, la sociedad y el derecho tienen que basarse en unos valores morales, lo que no es extraño a nuestra civilización occidental, por ello, en las sociedades democráticas modernas, aquéllos valores, vienen, implícita o explícitamente expresados, en la Constitución que, como en nuestro caso, asumen los ideales de la tradición ilustrada occidental que, a la larga, no es más, en su trayectoria humanista, que la expresión secularizada del cristianismo y donde cabe, perfectamente, una perspectiva de ésta naturaleza, a no ser que nos hagamos una idea equivocada o falazmente partidista de la igualdad, de la libertad y del pluralismo, como principios más sobresalientes a tener en cuenta en este

21. “La justicia de la alianza”, en *Ibid.*, 3ª época, año 23, enero-marzo 2001, págs. 30 y ss.

orden de cosas. Lo que supone, no sólo que haya que respetar a unos y a otros, con verdadera tolerancia, sino que el ideal de los unos y de los otros no se puede imponer a los demás, como única solución, porque esto sería caer en el totalitarismo.

En una sociedad como la actual, tan interactiva, hay posturas ideológicas, consideradas social y políticamente correctas, que ya no se van a poder *mantener* por mucho tiempo, sin que la propia sociedad corra el riesgo de autodestruirse, una de ellas es la que considera que moral y derecho no tienen nada en común y que, en algún modo, se relaciona con aquélla otra, según la cual, la moral es una cuestión privada por tener un fundamento absolutamente subjetivo, trivializando el pensamiento kantiano, entendido como arbitrio individual, no como *imperativo categórico*<sup>22</sup>. Los pilares de ésta errónea creencia, tienen ya antecedentes medievales y raíces más antiguas, pero se manifiesta modernamente en Hobbes, frente a Locke, para expresar su concepción del derecho como algo que depende de la voluntad, retomando el viejo aforismo, *auctoritas non veritas facit legem*. Concepción del derecho que, como dice S. Cotta, se mantiene en H. Kelsen, aunque parezca todo lo contrario, cuyo pensamiento se halla presente todavía en la más reciente modernidad, y en la actual postmodernidad que recoge, trivializándolos, los valores de la modernidad, presentando una singular paradoja, pues en el intento de conferir al derecho *autonomía*, para hacerle independiente de la moral, se le deja en manos de una voluntad y de una potencia dominante, lo que hace imposible reconocerle cualidad moral, mientras que, por otro, su sistema no resulta ser un *sistema formal* (anodino o neutral) más que en apariencia ya que, en el fondo, es voluntarista, acaba por imponer a unos, lo que quieren los otros<sup>23</sup>. Finalmente, dirá el propio S. Cotta, “la concepción amoral del derecho tiene

22. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. bilingüe, Barcelona (ed. Ariel), 1999, 3, págs. 223 y ss.

23. *Diritto, persona, mondo umano*, Torino (ed. Giappichelli), 1989, págs. 275 y ss.



además una seria consecuencia de orden teórico y existencial. El respeto del derecho ya no se basa sobre la justicia, sino sobre su *eficacia*, o sea sobre la efectiva capacidad de imponerse y hacerse obedecer mediante su potencia constructiva”<sup>24</sup>.

Aquí la eficacia consiste en que el divorcio se aplica para todos, también para los que han contraído el matrimonio como indisoluble y hasta con efecto retroactivo, cuando se introduce en 1981, en contra de lo que dispone el art. 9-3 CE. y, en cualquier caso, para los que no queriendo divorciarse tienen que sufrir sus consecuencias, porque es su propio cónyuge el que se lo impone. El sentido de la desproporción lógica que aquí tiene lugar es verdaderamente alarmante, sobre todo, cuando vemos que, en el Derecho civil patrimonial, la idea del *alterum non laedere* siempre pone un límite al juego de la libertad y del interés individual de los sujetos, lo que tradicionalmente siempre se ha considerado como un *minimun* ético. En Derecho de familia, este límite tendría que ser mucho más exigente y, de hecho así resulta, en otras materias, lo que pasa es que, desconectada la “categoría jurídica” *divorcio* de la moral, lo está también de la justicia y, con ello, el derecho no sirve para cumplir su función, ya no puede ponerse, como tantas veces se ha dicho, en lugar del amor<sup>25</sup>. Lo que resulta mucho más duro de admitir que en otras partes del Derecho civil. Pero si tenemos en cuenta, además, el daño moral que la cultura del divorcio está provocando en el seno de las familias y de las personas, creo que ha llegado el momento de reaccionar frente a tanto destrozo. No es extraño que, a la vista de la situación actual, Juan Pablo II, en su reciente discurso ante la Rota Romana, haya recordado a los abogados católicos que no pueden patrocinar el divorcio, porque el matrimonio es indisoluble<sup>26</sup>.

24. *Op.cit.*, pág. 278.

25. C. A. JEMOLO, “Il diritto nella vita dell'uomo”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1957-1958, págs. 36 y ss.

26. Lo que como siempre no ha sido entendido, ni comprendido, en su verdadera dimensión, ni por los medios, ni por algunas instancias corporativas.

Volviendo a citar a Marc Ouellet, en armonía con todo lo anterior, “en el fondo, la creciente injusticia que se observa en el modo de vivir de los individuos y de las sociedades depende de una concepción del hombre, escindida de sus raíces trascendentes, que implica un descenso en las convicciones fundamentales sobre la existencia del bien común y sobre los medios de conseguirlo”<sup>27</sup>. Y cómo dice J. Ratzinger, siguiendo a J. Pieper, una sociedad que hace de lo auténticamente humano un asunto únicamente privado, y que se considera a sí misma como totalmente secularizada (lo que, por otra parte, aparece inevitablemente como una pseudoreligión...), una tal sociedad, se hace melancólica por esencia, al perder el sentido de la esperanza y se convierte en un lugar propicio para la desesperación. Se funda de hecho en una reducción de la verdadera dignidad del hombre<sup>28</sup>. Por eso, actualmente, los juristas católicos debemos, a toda costa, reaccionar frente al divorcio, combatiendo, por todos los medios, como ha sido regulado, y paralelamente defender la indisolubilidad del matrimonio que es, no sólo una característica *esencial* del mismo, sino también uno de *sus bienes* más importantes,

27. “*Communio*”, cit., pág. 37.

28. *Mirar a Cristo. Ejercicios de fe, esperanza y amor*, Valencia (ed. Edicep), 1990, pág. 82. La dignidad del hombre estriba, en último término, en ser amado por Dios y la secularización de la vida social es también una manifestación de la rebeldía del hombre que encuentra que Dios pide demasiado y que en el paraíso hay demasiados árboles prohibidos. Cuando J. Pieper formulaba el juicio citado, en 1935, hacía una clara alusión al espíritu del nacional-socialismo, espíritu que ha adquirido hoy, de forma derivada, una nueva actualidad, según dice Ratzinger, y añade: “Pieper decía entonces (en su conocido libro *Lieben, hoffen, glauben*, München, 1986) que la tristeza perezosa es uno de los elementos determinantes de nuestro tiempo, del mismo tiempo que ha proclamado la imagen ideal del mundo total del trabajo. Esta tristeza—continúa— determina como signo visible de la secularización el rostro de todos los tiempos, en el que la llamada a las tareas verdaderamente cristianas comienza a perder su pública obligatoriedad... No es con el *trabajo* con el que se elimina la desesperación (todo lo más la conciencia de la desesperación), sino únicamente con la limpia magnanimidad y el bendito empuje de la esperanza en la vida eterna” (*Op. cit.*, pág. 81).

como dicen los canonistas, procurando dar la vuelta al aforismo antes citado, para volver a decir, como tantas veces también ha sido dicho: *nisi auctoritas faciat ius, sed veritas*. En este caso, la *veritas* del matrimonio es su indisolubilidad, ya lo decía G. K. Chesterton, con su gracejo inigualable, la indisolubilidad del matrimonio es la oportunidad que tiene la gente común de cumplir con su palabra<sup>29</sup>.

## 6. LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

La familia, decía Juan Pablo II, en su *Carta a las familias* (1994), “es una comunidad de personas, la célula social más pequeña, y como tal es una *institución* fundamental para la vida de toda sociedad”<sup>30</sup>. Esto mismo, es lo que se ha afirmado y reconocido siempre en las ciencias sociales, pero sigamos con el discurso pontificio para centrar la cuestión: “La familia como institución, ¿qué espera de la sociedad?. Ante todo que sea *reconocida en su identidad* y aceptada en su *naturaleza de sujeto social*. Esta va unida a la entidad propia del matrimonio y de la familia. El matrimonio que es la base de la institución familiar, está formado por la alianza *por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio para toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole* (CIC, can. 1055)”<sup>31</sup>.

En ésta definición del matrimonio, del *Codicem iuris canonici* que cita el papa, está contenida toda la esencia del mismo y, por ende, la característica *esencial* de su *indisolubilidad*, lo que, como es evidente no tiene en cuenta el Código civil, al extender los efectos civiles del divorcio, al matrimonio contraído de

29. “El matrimonio y el pensamiento moderno”, en el libro *El amor o la fuerza del sino*, trad. esp., Madrid (ed. Rialp), 1993, págs. 51 y ss.

30. *Carta a las familias*, trad. esp., Madrid (ed. Palabra), 1994, pág. 63.

31. *Ibid.*



acuerdo con el Derecho canónico, que es lo mismo que decir: al matrimonio contraído, consciente y libremente con la voluntad, recíprocamente expresada y aceptada, de que sea indisoluble (para toda la vida); todo ello, por establecer, en virtud de una *fictio iuris*, un matrimonio *único*, donde en realidad hay dos *tipos* de matrimonio, que son notablemente diferentes, pero que sólo se distinguen en cuanto a la *forma* de su celebración.

Es evidente que esto no implica *tout court* la inconstitucionalidad del Código civil, en éste punto, pues, el matrimonio como derecho, de los comprendidos en la *sección 2ª, del capítulo II del Título Primero* de la Constitución, es un derecho cuya garantía constitucional, implica *reserva de ley*, como se deduce del propio art. 32. Pero es evidente que el legislador ordinario podría haber desarrollado la Constitución de otra manera, lo que ha llevado a algún autor, como el ilustre publicista vallisoletano José Luis Martínez López-Muñiz, a hablar de inconstitucionalidad parcial, pensando, entre otras cosas, en la relación del artículo 32 con el art. 16-3 de la misma y a lo que antes ya hemos aludido<sup>32</sup>. Aduciendo también, como argumento de más peso, el art. 53-1, cuando dice que *los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*. Con lo que, la garantía constitucional no se agota en el plano formal, con la reserva de ley, exige también que tenga un contenido material, de manera que, la propia ley, respete el *contenido esencial* del derecho que se ampara y garantiza.

Pero, por diversas razones, algunas de las cuales son evidentes, aunque la *indisolubilidad* forme parte del *contenido esencial* del matrimonio que contraen los católicos, conforme a sus creencias

32. "Posible inconstitucionalidad parcial de la ley española de divorcio de 1981", en *Persona y Derecho*, 11 (1984), págs. 171 y ss.; de nuevo en "La familia en la Constitución española", en *Revista española de Derecho constitucional*, 20 (2000), págs. 11 y ss.



y de acuerdo con la normativa del Derecho canónico, a pesar de que el orden civil no le reconozca más que como una *forma* de celebración de un matrimonio *único*, sin perjuicio de que luego se contradiga, como se deduce del art. 80 Cc., no me parece oportuno insistir aquí en un planteamiento de esta naturaleza. Si me interesa, mucho más, poner de relieve el desacuerdo que existe, entre la regulación que presenta el Código civil, y la generosidad y el alcance con que están regulados y protegidos en nuestra Constitución los *derechos fundamentales*.

Efectivamente, esta regulación es poco respetuosa del rico contenido que ponen de relieve preceptos, como los arts. 10 y 14, fundamentalmente, y aún en el art. 16 de la Constitución española. No sólo da lugar a un trato *desigual*, al considerar como *iguales*, matrimonios que son *distintos*, como ya hemos dicho, a pesar de la ficción legal utilizada, sino que contiene una reducción del concepto de *libertad*, ya que ésta no sólo ha de servir de fundamento al divorcio, entendida como arbitrio que se desentiende del cumplimiento de los deberes libremente asumidos, sino también de todo lo contrario: como compromiso libremente asumido. En los debates, en torno al referendun sobre el divorcio de los comienzos de los años setenta, en Italia, el eminente filósofo del Derecho, S. Cotta, ya lo decía: “la defensa de la indisolubilidad del matrimonio descansa sobre este principio esencial: la libertad humana”<sup>33</sup>. Finalmente, no tener en cuenta el hecho religioso, al que alude el art. 16, no sólo tiene otras connotaciones, ya aludidas, sino que va en contra del derecho a la propia *identidad* de los católicos que se desconoce por completo, aunque ésta se fundamente sobre todo en otros preceptos, ya citados, como es evidente. Lo que, desde el punto de vista constitucional, me parece lo más grave de todo.

33. “Intervento su *La situazione della famiglia nella società attuale*”, en *Iustitia* (1970), pág. 253.

## 7. EL COVENANT MARRIAGE COMO SOLUCIÓN

Para terminar quiero referirme, aprovechando que el Derecho de familia se *contractualiza*, como he dicho inicialmente, y que no siempre es para mal, a una solución que se ha encontrado en la experiencia jurídica norteamericana, en defensa de la indisolubilidad del matrimonio. Se trata de una ley de 23 de junio de 1997, introducida en Louisiana y que ha entrado en vigor el 15 de agosto siguiente, la *Louisiana Covenant Marriage Law*, de la que se viene hablando por diversos autores, entre otros R. Navarro Valls<sup>34</sup> y C. Martínez de Aguirre<sup>35</sup>, a la que dedica atención preferente Amadeo de Fuenmayor, maestro de civilistas y de canonistas, en un precioso trabajo, titulado *Repensar el divorcio*, publicado en los cuadernos del *Instituto Martín de Azpilcueta*, el año pasado y que ha aparecido de nuevo, traducido al italiano<sup>36</sup>, hace pocos meses y que su autor ha tenido la amabilidad de enviarme. Como allí se refiere, esta ley es una reacción al daño que ha causado el divorcio en la sociedad norteamericana, impulsada por un largo y amplio debate durante los últimos veinte años y que, finalmente, ha tenido la fortuna de saltar al plano jurídico, pues, a la ley citada ha seguido otra en Arizona, siendo muchos los Estados en los que, actualmente, hay presentados proyectos en el mismo sentido.

La idea es muy interesante, por que en un contexto de *libertad civil* y de *pluralismo*, que nadie puede negar, pone en juego la libre iniciativa de los contrayentes que desean contraer un matrimonio para toda la vida, volviendo de ésta manera a un *sistema*

34. "El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses", en *Revista de Derecho Privado*, 1998, págs. 768 y ss.; "El reconocimiento del matrimonio canónico dentro del Estado", en *Escritos en honor de Javier Hervada*, Pamplona (ed. EUNSA), 1999, págs. 1123 y ss.; "El retorno del matrimonio", en *Anales de la RAJL*, 29 (1999), págs. 162 y ss.

35. *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, cit., págs. 214-215.

36. Lleva como subtítulo: *La tutela dell'indissolubilità matrimoniale in uno Stato pluralista*, Milano (ed. Ares), 2001.

*matrimonial alternativo*, sin necesidad de hacer un planteamiento confesional. De este modo, todos los que quieren comprometer su libertad, contrayendo un matrimonio indisoluble, pueden hacerlo, en virtud de la propia *lex contractus*, manifestándolo formalmente en tal modo y haciéndolo constar debidamente en el Registro Civil.

No me voy a detener en más detalles, con lo dicho, creo que basta para hacer una primera reflexión, evocando, lo que solía decir frecuentemente a mis alumnos: en un régimen de libertades, la propia libertad hay que ejercerla y defenderla cada día, sino queremos conformarnos, como ciudadanos, con vivir en la esclavitud, por más que algunos la confundan con la paz social. A lo que habría que añadir otra reflexión y con ello termino: en una sociedad en la que afortunadamente se ha instalado el pluralismo, no podemos quedarnos cruzados de brazos por respeto a los demás, tenemos que defender nuestra propia identidad y, sobre todo, tenemos que ser fieles, como cristianos, al mensaje que hemos recibido, porque una manifestación de pluralismo, como recordaba Ursus von Balthasar<sup>37</sup>, es también la que tuvo lugar en la mañana de Pentecostés, cuando San Pedro pronunciaba en Jerusalén su primera homilía y todos los que allí estaban, escuchaban las maravillas de Dios en su propia lengua (*Hechos*, 2,1-12).

37. *La verité est symphonique. Aspects du pluralisme chrétien*, trad. fr., Saint Maur (ed. Parole et Silence), 2000, pág. 42.